
La reconnaissance d'un « troisième sexe » par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : une avancée considérable vers l'intégration des personnes intersexes dans l'ordre juridique

Droit des personnes intersexes (Cour Suprême Allemande)

Camille Jaegle



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/3847>

DOI: 10.4000/revdh.3847

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Camille Jaegle, « **LA RECONNAISSANCE D'UN « TROISIÈME SEXE » PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ALLEMANDE : UNE AVANCÉE CONSIDÉRABLE VERS L'INTÉGRATION DES PERSONNES INTERSEXES DANS L'ORDRE JURIDIQUE** », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 02 May 2018, connection on 01 May 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3847> ; DOI : 10.4000/revdh.3847

This text was automatically generated on 1 May 2019.

Tous droits réservés

La reconnaissance d'un « troisième sexe » par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : une avancée considérable vers l'intégration des personnes intersexes dans l'ordre juridique

Droit des personnes intersexes (Cour Suprême Allemande)

Camille Jaegle

Le 10 octobre 2017 (BVerfG, 1ère Ch, 10.10.2017, 1 BvR 2019/16.), le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale allemande) a jugé dans une décision pour le moins exceptionnelle, adoptée à sept voix contre une, que l'impossibilité pour les personnes intersexes de pouvoir choisir un autre sexe que le sexe féminin ou masculin était incompatible avec la Grundgesetz (Constitution allemande). La requérante s'était ainsi vue reconnaître le droit de modifier le sexe féminin qui lui avait été attribué à la naissance afin qu'il corresponde à sa réelle identité sexuée. Il s'agit d'une décision historique grâce à laquelle l'Allemagne fait aujourd'hui figure de précurseur.

Comparativement, en France, la question n'est pas montée jusqu'à l'échelon constitutionnel et la solution proposée par la Cour de cassation est bien différente. Le 4 mai 2017, elle rejetait le pourvoi d'un requérant intersexe qui souhaitait substituer la mention « sexe neutre » ou « intersexe » à celle de « sexe masculin » sur son acte de naissance (C.cass, 1ère Ch. civile, 4.5.2017, 16-17189.). L'existence des personnes intersexuées et de leur ambiguïté sexuelle a cependant été admise.

I. UNE CONCEPTION TRADITIONNELLEMENT BINAIRE DU SEXE RENDANT DIFFICILE L'INTÉGRATION D'UN « TROISIÈME SEXE »

En Allemagne (§ 21 alinéa 1 Nr 3 de la Personenstandsgesetz – loi relative à l'état civil) comme en France (Article 57 alinéa 1 du Code civil), le sexe d'un nouveau-né doit être renseigné sur son acte de naissance. Mais seuls les sexes féminin et masculin peuvent être inscrits. S'il n'a jamais été imposé de manière explicite, le système binaire des sexes est
2 généralement admis sur les plans coutumiers et normatifs.

De nombreuses dispositions s'appuient directement ou indirectement sur cette
3 représentation, y compris au sein d'autres domaines du droit que le celui de l'état civil
2

. Comme le relève la Cour constitutionnelle allemande dans la décision commentée, l'assimilation des individus à un sexe est donc perçue comme un moyen courant et nécessaire pour leur identification dans l'ordre juridique. Elle permet en effet leur insertion dans la société, ce qui joue un rôle important dans leur vie, et facilite l'établissement de statistiques sur la population (BVerfG, op. cit., Rn. 8.). C'est pour cela que le sexe doit être précisé sur la plupart des documents officiels comme les passeports
3, la carte électronique de sécurité sociale allemande⁴, ou, en France, la carte nationale d'identité⁵

. Le renseignement du sexe apparaît enfin nécessaire pour établir des dispositions spécifiques de protection ou de discrimination positive (BVerfG, op. cit., Rn. 58, 60). Comme le souligne également la Cour, les rédacteurs des dispositions rendant nécessaire le renseignement du sexe des individus se sont fondés sur l'état des connaissances scientifiques et des réalités sociales de leur temps (BVerfG, op. cit., Rn. 62.). Or la « problématique » liée aux personnes intersexes n'était pas à l'ordre du jour à l'époque. Cela explique que seuls les sexes féminin et masculin aient été pris en compte. Dès lors, l'admission d'un troisième sexe implique de prime abord de repenser et réorganiser une part importante de l'ordre juridique et administratif. C'est ce que n'avait pas manqué de relever le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) pour qui la création d'un troisième sexe pourrait affecter les intérêts de l'ordre public reposant sur le système binaire des sexes (BVerfG, op. cit., Rn. 14.). Il avait alors rejeté le pourvoi qu'un requérant avait formé
4 contre l'arrêt rendu en appel.

Dès lors, s'il est possible en Allemagne depuis le 7 mai 2013, de laisser vide le champ réservé au sexe d'un enfant intersexué dans son acte de naissance (§ 22 alinéa 3 de la Personenstandsgesetz), cela ne revient pas à établir un véritable « troisième sexe », ou à reconnaître un système non-binaire des sexes. Les juges constitutionnels allemands ont mis cela en lumière en relevant que ni le gouvernement fédéral, ni les rédacteurs du troisième alinéa du § 22 de la loi allemande sur l'état civil, n'ont pris en compte les conclusions du Comité d'éthique allemand (BVerfG, op. cit., Rn. 6.). Dès février 2012, ce dernier avait qualifié l'absence de mention particulière pour les intersexes d'ingérence dans leurs droits fondamentaux à la personnalité et au traitement égal reconnu dans la
5 Loi fondamentale
6

. Le Comité préconisait ainsi l'adoption d'une législation proposant une troisième mention sur les actes d'état civil

7

. En 2013, dans leur contrat de coalition pour la 18ème législature, le CDU, la CSU et le SPD avaient pourtant mis un point d'honneur à prendre en compte la situation des personnes intersexes en Allemagne (BVerfG, op. cit., Rn. 7.).

Avant la décision de la Cour constitutionnelle du 10 octobre 2017, les juges de première instance ont fait preuve d'un certain manque d'engouement envers la reconnaissance de l'identité sexuelle particulière des intersexes. La demande de la requérante, qui a donné lieu à cette décision, avait toujours été rejetée au motif qu'en l'état du droit allemand, seule une assimilation aux sexes féminin et masculin, ou à aucun d'entre eux, était possible. Pour les juges du fond, la situation juridique ne contrevenait pas à la constitution (BVerfG, op. cit., Rn. 12, 13 14.). Avait également été mis en avant l'idée que la création d'un troisième genre pourrait participer à une plus grande stigmatisation des personnes intersexes (BVerfG, op. cit., Rn. 59.). La reconnaissance d'un troisième sexe constitue donc une « question de société qui soulève des questions biologiques, morales ou éthiques délicates ». (BVerfG, op. cit., Rn. 48.).

6

II. LA VOLONTÉ DE MIEUX INTÉGRER LES PERSONNES INTERSEXES

A) LES ÉVOLUTIONS LÉGISLATIVES ET JURISPRUDENTIELLES

En 1794, le Code Prussien avait déjà pris en compte le cas d'intersexuels, alors appelés « hermaphrodites ». Il était prévu qu'à la naissance, les parents devaient choisir le sexe selon lequel ils préféreraient éduquer leur enfant, avant que celui-ci ne puisse le déterminer librement à ses 18 ans

7

8

. Ces dispositions ont été abrogées avec la création du bureau de l'état civil et du registre des naissances par la loi relative à l'authentification de l'état civil et au mariage de 1875

9

, qui ont rendu obligatoire le renseignement du sexe des nouveau-nés, par un choix entre féminin et masculin. Après la reconnaissance de l'existence des personnes intersexuées et de leur ambiguïté sexué par le Landgericht (Tribunal régional) de Munich en 2003 (LG München, 1ère Ch., 30.6.2003, FamRZ 2004.), il a fallu attendre 2009 pour que la suspension de l'établissement du sexe d'un nouveau-né intersexe sur son acte de naissance soit autorisée. L'acte de naissance pouvait alors être établi sans mention du sexe jusqu'à ce qu'il puisse être déterminé de manière définitive

10

En 2013, un troisième alinéa a été ajouté au § 22 de la loi sur l'état civil, relatif aux données manquantes dans les actes de naissance

. Il permet de laisser vide le champ réservé au sexe pour les nouveau-nés dont le sexe n'était pas déterminable ; et ce sans délai. Le Bundesgerichtshof avait cependant établi, au regard des travaux préparatoires de cette disposition, que le législateur n'avait pas voulu créer un nouveau sexe. Il s'agissait d'accorder aux personnes intersexes la possibilité de ne pas être assignées à un sexe qui ne leur correspond pas, afin que cela soit plus cohérent avec leur identité sexuée (BGH, 22.6.2016, XII ZB 52/15, Rn. 12, 16, 17bb.). Cette « avancée » a été jugée insuffisante car les personnes intersexuées qui choisissent cette option apparaissent comme nullum (inexistantes) au regard de l'un des points centraux de leur identité juridique (BVerfG, op. cit., Rn. 16, 43, 45.). C'est pourquoi les juges constitutionnels ont été saisis.

Avec l'arrêt du 10 octobre 2017, la Cour de Karlsruhe a permis de franchir une nouvelle étape. Elle a en effet décidé qu'avant le 31 décembre 2018, il faudra donner aux intersexes la possibilité de voir leur identité sexuelle particulière réellement intégrée et reconnue dans l'ordre juridique. Sa décision se fonde tout d'abord sur droit à la personnalité, garanti par les articles 2 alinéa 1er et 1er alinéa 1er de la Grundgesetz. De celui-ci découlent, pour la Cour, les droits au libre épanouissement de la personnalité et au choix personnel et autonome de l'identité – dont l'identité sexuée est une composante déterminante (BVerfG, op. cit., Rn. 36 ss.). La Cour se fonde également sur le principe de non-discrimination posé par la 1ère phrase du 1er alinéa de l'article 3 de la Grundgesetz.

De la même manière qu'il protège les individus de sexes féminin ou masculin de discriminations fondées sur leur sexe, ce principe protège également les personnes qui ne peuvent être assimilées durablement à l'un des deux sexes reconnus traditionnellement de discriminations liées à cette différence (BVerfG, op. cit., Rn. 56 ss.). Les juges constitutionnels ont en outre fait valoir que la notion de « Geschlecht » (traduisible en français par « sexe » ou « genre »), utilisée dans la disposition susmentionnée est générale, et ne désigne donc pas exclusivement les sexes féminin ou masculin (BVerfG, op. cit., Rn. 60.). Enfin, selon la Cour, la constitution allemande ne comporte ni obligation explicite concernant la mention du sexe dans l'état civil, ni interdiction de reconnaître un sexe qui ne serait ni féminin, ni masculin (BVerfG, op. cit., Rn. 50, 59.). Elle estime que la reconnaissance par l'ordre juridique de l'identité sexuée des intersexes participerait à la sécurité et la clarté du droit de l'état civil (BVerfG, op. cit., Rn. 16, 46, 54.), et n'aurait pas d'incidence sur sa stabilité (BVerfG, op. cit., Rn. 55.).

B. LES MODALITÉS DE L'INTÉGRATION DES PERSONNES INTERSEXES DANS L'ORDRE JURIDIQUE

La Cour constitutionnelle a proposé deux solutions au législateur pour intégrer l'identité des personnes intersexuées dans l'ordre juridique allemand (BVerfG, op. cit., Rn. 65.) : l'abandon général de la mention du sexe dans le droit de l'état civil, ou la création d'un troisième sexe. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe préconise de son côté l'admission d'un genre qui ne soit ni féminin, ni masculin

. L'Institut allemand des droits de l'homme va dans le même sens. Il défend une législation « geschlechterinklusiv », c'est à dire qui reconnaît et protège tous les sexes ou genres

13

. Ce dépassement du système binaire des sexes est la solution la plus audacieuse, et paraît aussi la plus adaptée.

Pour les juges de Karlsruhe, la mention du sexe - et donc l'appartenance à une identité sexuée - n'a d'importance que parce qu'elle est requise par le droit de l'état civil (BVerfG, op. cit., Rn. 46.). Ils considèrent que le fait que cette donnée ait été conservée par chaque réforme du droit de l'état civil manifeste un certain attachement du législateur à celle-ci.

L'abandon général de la mention du sexe sur les actes de naissances ne semble donc pas être la solution qui sera privilégiée. En outre, cette solution paraît insatisfaisante car elle ne permet pas d'intégrer « positivement » les personnes intersexes à l'ordre juridique, et

11

laisse ainsi leur particularité dans l'ombre.

Dès lors selon la Cour, la création d'une mention d'un troisième sexe uniforme - et non pas comme le demandait la requérante une mention multiple ou « à la carte » (BVerfG, op. cit., Rn. 65.) - permettrait aux personnes intersexuées ne se sentant appartenir ni au sexe féminin, ni au sexe masculin, de se voir reconnaître une identité sexuelle adéquate (BVerfG, op. cit., Rn. 17 et 46.). Les juges constitutionnels précisent cependant que dans le cas où une troisième mention positive et explicite serait créée, le terme choisi pourrait différer des termes préconisés par la requérante (« inter », « divers ») (BVerfG, op. cit.,

12

Rn. 65.).

Le Bundesverfassungsgericht est toutefois resté vague quant à l'étendue des besoins d'adaptation des règles matérielles existantes. Cette difficulté ne pourra être surmontée que lorsque le législateur allemand aura décidé de la manière dont il va mettre la législation en conformité avec la Grundgesetz. D'ici là, les procédures concernant les personnes présentant une variation du développement sexuel demandant une mise en concordance de leur acte de naissance et d'état civil avec leur identité sexuée devront être suspendues. En outre, les dispositions controversées - soit les § 21 alinéa 1 Nr 3 et § 22 alinéa 3 de la Personenstandsgesetz - devront cesser d'être appliquées (BVerfG, op. cit.,

13

Rn. 66.).

Les juges constitutionnels ont aussi insisté sur le fait que l'introduction d'un troisième sexe dans les registres d'état civil n'aurait pas de conséquence sur la liberté de chacun de choisir son identité sexuée. Cela ne doit en particulier avoir aucun impact sur le statut des sexes féminin ou masculin, et la possibilité de ne pas renseigner le champ lié au sexe est appelée à persister. Il n'y aurait en outre pas d'obligation pour les personnes intersexuées de choisir la nouvelle mention (BVerfG, op. cit., Rn. 51.).

14

La Cour de Karlsruhe estime enfin que les dépenses bureaucratiques et financières à prévoir pour créer les conditions formelles et techniques d'un troisième sexe sont nécessaires et justifiées (BVerfG, op. cit., Rn. 52.).

15

Des projets de lois ont déjà été envisagés. L'Institut allemand des droits de l'homme avait ainsi proposé, en janvier 2017, un projet et une série de réflexions sur les besoins d'adaptation de chaque domaine du droit concerné par la reconnaissance d'un troisième sexe. Il avait pour cela procédé, conformément à une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe formulée dès 2013 (Résolution 1952 (2013), 1.10.2013, Rn. 7.5.3.), à la consultation des personnes intersexuées sur leurs besoins.

16

BVerfG, 1ère Ch, 10.10.2017, 1 BvR 2019/16

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Haffen, K. V° Intersexualité, Encyclopædia Universalis.
2. Concernant l'Allemagne, voir Institut allemand des droits de l'homme, avis consultatif, *Geschlechtervielfalt im Recht - Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt*, 01.2017, pp. 30-38 ; concernant la France, voir Cour de cassation, Rapport du rapporteur, Mme Rachel Le Cotty, 21.3.2017, n° Q1617189, pp. 5-6.
3. En droit allemand : § 4 alinéa 2 Nr. 8 *Paßgesetz* (PaßG) ; en droit français : Article 1^{er} et article 3, *Décret n°2005-1726 relatif aux passeports*.
4. § 29 alinéa 2 1^{ère} phrase Nr. 4 *Sozialgesetzbuch V* (SGB V).
5. Point 49 et point 55, *Circulaire relative à l'établissement des cartes nationales d'identité*, NOR : INTD0000001C, 10.1.2000. Il est en outre précisé que le sexe doit être mentionné selon les lettres « M » pour masculin et « F » pour féminin.
6. Conseil d'éthique allemand, avis, *Intersexualität*, 23.2.2012, BT-Drs. 17/9088, p.59.
7. *Ibid.*, paragraphe 9.2, p. 182.
8. Article 19 alinéa 1 1^{ère} phrase et article 20 aliéna 1 1^{ère} phrase, *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR), 1.6.1794.
9. *Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung* (première version de la loi actuelle sur l'état civil), 6.2.1875.
10. Article 57 alinéa 6 Nr. 8 et article 62 alinéa 3, *Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes* (Personenstandsverordnung – PStV, instruction générale sur l'état civil), 22.11.2008.
11. Article 1 Nr 6 b), *Gesetzes zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften* (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG), 7.5.2013.
12. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, document thématique, *Droits de l'homme et personnes intersexe*, 6.2015, 4^{ème} recommandation, p. 10.
13. Institut allemand des droits de l'homme, avis consultatif, *Geschlechtervielfalt im Recht - Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt*, *op. cit.*, pp. 38, 60, 65, 87, 99, 120, 122, 124, 125. Voir aussi, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, document thématique, *Droits de l'homme et personnes intersexe*, *op. cit.*, 7^{ème} recommandation, p. 10 ; Défenseur des droits, avis n°17-04, *op. cit.*, p. 16.

ABSTRACTS

Ni fille, ni garçon. Ou plutôt et fille, et garçon... On pourrait définir l'intersexualisation comme « la présence, chez un même individu appartenant à une espèce gonochorique (à sexes séparés), de caractères sexuels intermédiaires entre le mâle et la femelle »¹. Comment la question de l'intégration des personnes intersexes par le droit, soit de la création juridique d'un « troisième sexe » ou d'un « sexe neutre », est elle envisagée dans l'ordre juridique allemand ? Alors qu'en France, la Cour de cassation a rejeté le 4 mai 2017 le pourvoi d'un requérant intersexe qui souhaitait substituer la mention « sexe neutre » ou « intersexe » à celle de « sexe masculin » sur son acte de naissance, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a jugé le 10 octobre 2017, que l'impossibilité de pouvoir choisir un autre sexe que le sexe féminin ou masculin était incompatible avec la Constitution allemande. Le législateur doit donc adopter une nouvelle législation avant le 31 décembre 2018.

AUTHOR

CAMILLE JAEGLÉ

Etudiante du Master 2 Droit français – Droit allemand, Université Paris Nanterre